Gerade bei diesen Fällen laufen die Meinungen sehr aus einander, ob und wie weit ein wirklicher oder nur ein putativer Titel anzuerkennen. Ich will aber, um den Raum dieses Heftes für andere Beiträge nicht allzu sehr zu schmälern, die Besprechung dieser Fälle dem nächsten Hefte vorbehalten.

December 1867.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

II.

Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person.

Von Herrn Dr. Tewes,
Professor in Graz.

Den Gegenstand nachstehender Untersuchung bildet die Beantwortung der drei Fragen:

I. Wenn Jemand den Rath ertheilt, so und so zu handeln, wird derselbe dadurch obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

II. Wenn Jemand einen Dritten als geeignet, mit ihm in ein Rechts- oder factisches Verhältniß einzutreten, empfiehlt, wird derselbe dadurch obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

III. Wenn Jemand der Obervormundschaft einen Dritten als geeignet zur Uebernahme der Vormundschaft empfiehlt, wird derselbe dadurch dem Pupillen obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

A.

Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath.

Unter älteren wie neueren Civilisten ist zwar der Satz unbestritten:

„Bloser Rath erzeugt Verbindlichkeiten nie, weder für den Rathgeber, noch für den Berathenen.“

Daneben ist aber gleichwohl allgemein anerkannt, daß unter gewissen Voraussetzungen dennoch der Rathgeber dem Berathenen — nicht auch umgekehrt — obligirt werde: und eben die Frage: „unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sei?“ ist controvers. Vgl. unter den Aelteren: Thibaut, Versuche Bd. I. n. 6, S. 116 ff. Glück, Pandectencommentar Bd. XV. S. 365 ff. Gesterding, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, S. 197—208. Höpfner's Commentar §. 919, Note 3. Diese Controverse ist bislang noch nicht zum befriedigenden Abschluß gelangt, wennschon im Allgemeinen anerkannt ist:

„Der Rathgeber haftet für den ertheilten Rath dem Berathenen dann, wenn er bei der Ertheilung

a. in dolo war,

b. in culpa war,

c. für den Ausgang und die Folgen der angerathenen Handlung zu haften versprochen (die Garantie dafür übernommen) hat.“

Dabei werden wir jedoch auch die herrschende Meinung zu prüfen haben, die aus einer Stelle Ulpian's: L. 6 §. 5 D mand. vel. contra (17, 1) ableiten will, in einem besonderen Falle erzeuge schon die reine Rathsertheilung eine Verbindlichkeit.

Dabei tritt uns ferner die Frage entgegen, ob in den Fällen, in denen die Haftverbindlichkeit wirklich eintritt, dieselbe aus dem ertheilten Rathe selber entspringe, oder aber aus dem hinzutretenden Momente?

Die Ertheilung eines Rathes subsumiren die Quellen unter den Gattungsbegriff des Mandats, indem sie es als „mandatum tua gratia“ oder „mandatum ejus, quod tua interest“ specialisiren. Von dem eigentlichen Mandat im engeren Sinne unterscheidet sich indeß die Rathsertheilung dadurch, daß ersteres in der Regel die Angelegenheiten des Mandanten und nicht des Mandatars bezielt (Eine Ausnahme von dieser Regel werden wir unten kennen lernen), letztere da-

gegen in allen Fällen nur die des Berathenen, niemals die des Rathgebers. Und ferner dadurch, daß das eigentliche Mandat stets mit der Absicht, ein Rechtsverhältniß zu gründen, ertheilt wird, der blose Rath dagegen, seiner Natur nach, niemals.

Das Interesse des Rathgebers kann bei der Rathsertheilung daneben sehr wohl in wesentlicher Mitleidenschaft stehen. Allein dies ist für den juristischen Begriff von Rath und eigentlichem Mandat völlig gleichgültig. Es verwandelt den Rath nicht in eigentliches Mandat. Dies ist z. B. der Fall, wenn ich Jemanden rathe, für sein ererbtes baares Geld vom Banquier Titius Wertheffecten zu kaufen, nachdem dieser insgeheim mir für jeden ihm zugeführten Käufer eine Prämie zugesichert hat.

Dabei müssen wir schon hier einem leicht möglichen Mißverständnisse der Quellen vorbeugen. Ein Interesse dieser Art meinen die Quellen nicht, wenn sie bei einem von mir ertheilten mandatum sagen: „si mea quoque interfuit“ oder „si mea gratia tibi mandavi.“ Mit diesen Ausdrücken wollen sie nur sagen, daß es sich um meine Angelegenheiten handle, daß also ein eigentliches Mandat in Frage stehe. Wollen sie jenes geheime Nebeninteresse andeuten, so bedienen sie sich des Ausdruckes „dolus“ oder z. B. „tui lucri gratia mihi affirmasti, illum esse idoneum.“ „Etwas liegt in meinem Interesse“ in dem Sinne: „schafft mir Nutzen“ drücken sie aus durch: „expedit mihi.“

Gesetzt, ich ertheile dem A das Mandat, in meiner Abwesenheit mein Landgut zu verwalten. Während dieser Zeit bedürfen die Gebäude einer Reparatur, die der A besorgt. Hier hafte ich wegen Erstattung der Auslagen und Befreiung von etwaigen Verbindlichkeiten dem A mit der actio mandati contraria. Gesetzt aber, ich ertheile dem A den Rath, sein Geld in Actien einer bestimmten Eisenbahngesellschaft anzulegen und die betr. Gesellschaft fallirt, so ist, sobald ein nackter einfacher Rath vorliegt, eine Verbindlichkeit meiner Seits pure zu verneinen, und zwar weil, wie die Institutionen im §. 6 de mandato (3, 26) sagen, „liberum est cuique, apud se

explorare, an expediat sibi consilium." An sich würden wir sie auch dann zu verneinen haben, wenn auf Seiten des Rathgebers ein geheimes Nebeninteresse geschilderter Art im Spiele ist. Hierüber vgl. indeß unten Nr. II. (dolus).

Die hier einschlagenden Gesetze sind:

L. 2 pr. D. mandati vel contra (17, 1) Gajus: „Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. — §. 6. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium."

In §. 6 I. de mandato (3, 26) wird diese Stelle fast wörtlich und ohne irgend eine Aenderung des Sinnes wiederholt. Hepp in diesem Archiv Bd. XI. S. 43 ff. will zwar in dem Ausdruck der Institutionen: „quia nemo ex consilio mandati obligatur" eine solche Aenderung finden. „Justinian habe hier einen monströsen Zwitterbegriff geschaffen, ein consilium mandati, einen „Mandats-Rath" oder wenn man lieber wolle, ein „Raths-Mandat." Allein Hepp's Behauptung beruht lediglich auf dem Umstande, daß er die Stelle nicht richtig verstanden hat. Das Wort „mandati" ist nicht mit „consilio" sondern mit „obligatur" zu verbinden. Die Einschiebung dieses Wortes ist offenbar sehr unschuldig oder vielmehr sie dient nur zur noch größeren Verdeutlichung des Sinnes.

Nachdem nun in den Institutionen die obige Pandectenstelle wörtlich wiederholt ist, fährt der Kaiser so fort:

„Itaque si otiosam pecuniam te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes,

quamvis non expediat tibi, eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit: an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia: obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset."

L. 6 §. 5 D. mand. vel contra (17, 1) Ulp.: „Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio: nisi mea quoque interfuit aut si non esses facturus, nisi ego mandassem; et si mea non interfuit, tamen erit mandati actio."

L. 1 §. 14 D. depositi vel contra (16, 3): „Idem Pomponius scribit, si apud te volentem deponere me jusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri? Et ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem, si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem."

Aus diesen Stellen geht zunächst unser obiger Satz mit Klarheit und Bestimmtheit hervor. Sodann aber geben sie zu folgenden Prüfungen Anlaß:

1) Besteht ein Unterschied zwischen mandatum tua gratia (mandatum procuratoris gratia) und consilium? Die Frage ist zu verneinen, während sie bejaht wird unter den Aelteren von: Thibaut l. c. Gesterding l. c. Neustedtel in diesem Archiv Bd. II. S. 39 ff. Hepp und Seuffert das. Bd. XI. S. 42 ff. und S. 372 ff.; unter den Neueren von: Vangerow Bd. III. §. 659, Nr. 4, Holzschuher Bd. III. S. 589—590. Verneint wird sie dagegen von Sintenis prakt. gem. Civilrecht Bd. II. §. 113, S. 565—567, Note 16, Heimbach Rechtslex. Bd. XI. S. 451.

Die citirten Stellen sagen: „cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur." Damit ist doch klar ausgesprochen, das vom mandatum tua gratia

Gesagte sollte auch vom Rathe gelten. Der Jurist konnte nicht so reden, wenn er nicht Beides identificirte. Es kommt hinzu, daß in den Basil. lib. XIV. tit. II. cap. 2 th. 7 (Heimbach T. II, p. 69) geradezu das „magis“ weggelassen wird. Hepp l. c. S. 47 nimmt nur eine Gleichheit der Wirksamkeit und Folgen an, allein es ist schwer einzusehen, wie hier überhaupt ein zweifaches Verhältniß entstehen und worin der Unterschied beruhen könne. Vgl. Sintenis l. c. S. 565, Note 16. Dies wird recht einleuchtend, wenn man Gesterding's mühsame Versuche (l. c. S. 206 ff.) vergleicht, solchen Unterschied aus Beispielen klar zu machen, welche nämlich sämmtlich unter die Rubrik der verunglückten fallen.

Neustedtel l. c. S. 50 verlangt zum mandatum tua gratia nach L. 6 §. 5 D. cit. den vertragsmäßig ausgesprochenen und acceptirten Willen des Mandanten, sich zu verpflichten, und daß der Bevollmächtigte ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde, unterscheidet aber hiervon sorgfältig das Versprechen einer Entschädigung. Ohne Grund, da beim mandatum tua gratia gar nichts vorhanden ist, was der Mandatar acceptiren könnte, und zwar weil eben auch Nichts vorhanden ist, wozu sich der Mandant verpflichtet. Ist hiernach ein mandatum tua gratia und ein Rath schon nach römischem Recht identisch, so kann auch nicht die Frage: „ob im concreten Falle eins von Beiden ertheilt sei?“ mit Neustedtel, l. c. S. 51 für eine quaestio facti angesehen werden. Auch kann es nicht auf die gebrauchten Ausdrücke ankommen, als welche derselbe für das mandatum tua gratia die römischen Worte: rogo, volo, mando, moneo etc. anführt.

In der That kann man auch der äußeren Erkennbarkeit, der gebrauchten Ausdrucksweise nach, in der Regel wenigstens zwischen einem mandatum in gratiam procuratoris und einem Rathe nicht unterscheiden. Es müßte denn der Rathende seine Ausführung ausdrücklich als „Rath“ aussprechen, z. B. in den directen Worten: „Ich rathe Dir, das und das zu thun“ oder: „Ich würde an Deiner Stelle das und das thun“ und dgl.

Ein mandatum in gratiam procuratoris ist nun aber jedenfalls seinem Inhalte nach nichts Anderes, als ein Rath Schreibe ich einem Freunde: „Kaufe Dir doch für das ererbte. baare Geld, welches Du unbenützt liegen hast, Actien der Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft", so wird man hier den Rath von einem blos procuratoris gratia gegebenen Mandat schwerlich unterscheiden können.

Demnach muß ich die Behauptung Gesterding's l. c. S. 206 ff. und Holzschuher's l. c. S. 589 einfach bestreiten: „in der deutschen Ausdrucksweise könne man Befehl und Auftrag mit Rathsertheilung gewiß nicht verwechseln."

Die Ansicht von Hartitzsch Entscheidungen Nr. 266, 337 endlich: „im Zweifel, ob ein Rath oder ein Mandat vorliege, müsse stets gegen letzteres präsumirt werden," wäre selbst, wenn ein Unterschied vorhanden, durch Nichts gerechtfertigt.

2) Aus den cit. Stellen: L. 2 pr., §. 6 D. 17, 1 und L. 6 §. 5 D. eod. ergibt sich, daß ich Dir mandati actione haften soll aus einem Dir ertheilten mandatum mea et tua gratia, d. i. wenn in den zwischen Dir und mir gepflogenen Unterhandlungen nicht nur ein Dir ertheilter, Deine Angelegenheiten betreffender Rath, sondern auch, und zwar connex damit, ein Dir ertheilter, meine Angelegenheiten betreffender Auftrag enthalten ist; oder auch, wenn in der Rathsertheilung ein eigentliches Mandat versteckt liegt.

Zu dem mandatum ejus, quod mea et tua interest kann man indeß auch folgenden Fall zählen, in welchem ein Rath überall nicht vorliegt. Ich hatte Dich ersucht, Du mögest in Deinen Gärten zu meinem Gebrauch ein Bad herstellen. Hier ist nämlich von einem nebenher Dir ertheilten Rath gar nicht die Rede. Hier bezielt das obligatorische Ersuchen (das Mandat) direct meine und zugleich Deine Angelegenheiten.

L. 16 D. mand. vel contra (17, 1) Ulp.: „Si quis mihi mandaverit, in meo aliquid facere, et fecero: quaesitum est, an sit mandati actio? Et ait Celsus . . hoc respondisse se, quum Aurelius Quietus hospiti suo medico

mandasse diceretur, ut in hortis ejus, . . . in quos omnibus annis secedere solebat, sphaeristerium et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret. Deducto igitur, quanto sua aedificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset, posse eum mandati judicio persequi." (Diese Stelle führen wir natürlich nicht an, weil sie direct zur Lehre von der Rathsertheilung gehörte, sondern nur, um aus ihr die betr. Worte der cit. L. 2 pr., §. 6, L. 6 §. 5 D. 17. 1 zu interpretiren.)

3) Unglaublich viel Verwirrung hat ein anderer Passus der cit. L. 6 §. 5 D. unter den Civilisten angerichtet.

Nach derselben soll ich also dann Dir mandati actione haften aus einem Dir ertheilten mandatum ejus, quod tua solius interest: si non esses facturus, nisi ego mandassem. (Der Zusatz „et si mea non interfuit" ist nur im Gegensatz zu dem anderen Falle „si mea quoque interfuit" hinzugefügt und deutet nur an, daß in diesem Falle nicht meine und Deine, sondern nur Deine Angelegenheiten in Frage stehen.)

Die älteren Juristen, so Cocceji, Ius controv. Lib. XVII. tit. 1 qu. 8 und Vinnius Comment. ad Inst. III. 27 §. 6, behaupten, ein bloser Rath oder auch mandatum in gratiam solius procuratoris verpflichte den Rathgeber dann, wenn der Rath dem Berathenen alleiniges oder doch hauptsächliches Motiv zum Handeln geworden ist, d. h. wenn der Berathene wesentlich durch den Rath (nicht durch eigene Erwägungen) zu einer Handlung bestimmt worden ist. Diese Ansicht vertheidigen unter den Neueren: Sintenis l. c. Note 16, Nr. 3. Heimbach l. c. S. 453 ff. Pagenstecher, Pandectenpracticum S. 485. Andere, Thibaut l. c. S. 120 ff., Hepp l. c. S. 47 ff. und unter den Neueren namentlich Vangerow Pand. Bd. III §. 659, Nr. 4 unterscheiden, wie schon erwähnt, zwischen Rath und mandatum in gratiam procuratoris und bringen nun blos bei dem letzteren, nicht auch beim Rath die Coccejische Theorie zur Anwendung.

Außer dem Bestimmtsein des Berathenen zur angerathenen Handlung durch den Rath fordert, als Voraussetzung der

Haftverbindlichkeit des Rathgebers, Unterholzner (Lehre von den Schuldverh. Bd. II. S. 597 ff.) auch noch die Absicht des Rathgebers, für die Folgen der angerathenen Handlung zu haften. Ein Blick auf die Stelle genügt, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß nur das Haschen nach einem Auswege zu solch einer willkürlichen Aufstellung geführt haben könne, von dem die Stelle auch nicht eine Silbe enthält.

Die Stelle kann unmöglich sagen wollen, der Rathgeber werde durch einen bloßen Rath dann verpflichtet, wenn der Berathene durch die Aufforderung veranlaßt (sei es mit eigener Erwägung seines Vortheils, sei es ohne solche) ihr gemäß handelt und dadurch in Schaden kommt. Dadurch würde die Stelle mit anderen Stellen, namentlich mit L. 2 pr., §. 6 D. und §. 6 I. cit. in Widerspruch treten. Außerdem würde es dann, was freilich ein juristischer Grund nicht ist, sehr mißlich für uns sein, einen Freund zu Dem aufzufordern, was nach unserer Ansicht seinen Interessen entspricht.

Die Coccejische Theorie, rein wie auch in ihren angegebenen Modificationen, birgt aber auch noch eine Schwierigkeit in ihrer practischen Anwendung, nämlich hinsichtlich des Beweises, „daß der Rath Motiv des Handelns geworden sei." In dieser Beziehung sind einige Juristen denn auch wirklich auf den curiosen Gedanken gerathen, zu lehren, diese lediglich innere Seelenthätigkeit des Berathenen, daß der ihm ertheilte Rath ihm Motiv zu handeln geworden sei, sei durch Eidesdelation zu erweisen, da es nämlich stets ja doch etwas Factisches sei, wenn schon etwas Innerlich-thatsächliches, daß Jemand durch einen ihm ertheilten Rath zu einer Thätigkeit bestimmt worden sei. Heimbach l. c. S. 453, Note 24.

Wir unsrerseits glauben die bislang unentwirrten Schwierigkeiten dieser Stelle auf eine ziemlich einfache Weise lösen zu müssen, indem wir in den Schlußworten des cit. §. 6 I. 3, 26 ihren Schlüssel suchen und finden. Wie war es möglich, ihren Zusammenhang mit diesen Schlußworten so ganz zu übersehen, da doch unsere Stelle sagt: „si non esses facturus, nisi ego mandassem" und jene Schlußworte fast wörtlich gleich-

lautend sich ausdrücken: „quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.“

Adoptiren wir aber jene Schlußworte als Schlüssel zur Interpretation unserer Stelle, so werden wir sofort uns überzeugen, daß beide Fälle überall nicht vom ertheilten Rath irgendwie zu verstehen sind, sondern nur vom römischen Gattungsbegriff „mandatum“ und „mandare.“ Wie verschiedene Dinge die Römer unter diesen Gattungsbegriff eng nebeneinander zusammenwürfeln, wird uns eben in §. 6 I. cit. anschaulich gemacht. Sie sagt in Einem Satz und Einem Athem:

„Rathe ich Dir („hortari“), Dein müßiges baares Geld zu verleihen und dies schlägt nun zu Deinem Nachtheil aus, so hafte ich Dir nicht mandati; beauftrage (ersuche) ich Dich aber („mandare“), dem Titius Geld zu leihen, so ist in diesem Falle das Mandat verbindlich, weil Du ohne mein Mandat (Ersuchen) dem Titius kein Geld würdest geliehen haben.“

Neben dem Rath wird unter den Gattungsbegriff „Mandat“ also auch noch das Ersuchen subsumirt, einem Dritten Geld zu leihen: ein Ersuchen, ganz ähnlich dem Rechtsverbindlichkeiten nach sich ziehenden mandatum de solvendo. Und für solches Ersuchen wird als charakteristisches Merkmal angeführt: „ohne mein Ersuchen würdest Du dem Titius kein Geld geliehen haben.“

In unserer cit. L. 6 §. 5 D. können wir nun fast genau dieselben Bestandtheile wiederfinden. Außer dem mandatum tua gratia oder, wie es hier heißt, mandatum ejus, quod tua interest, d. i. Rathsertheilung hinsichtlich Deiner Angelegenheiten, oder, wie wir bisher stets kurz uns ausgedrückt haben, außer dem Rath, ist hier die Rede:

1) vom mandatum ejus, quod mea et tua interest,

2) von dem in Prüfung befangenen Falle. Es wird nämlich gesagt, daß ich Dir actione mandati haften solle wegen eines von mir Dir ertheilten Mandats („mandare“), auch wenn dasselbe nur Deine, nicht auch zugleich meine, Angelegenheiten betraf, si non esses facturus, nisi ego mandassem, d. i. wenn Du ohne mein Mandat nicht gehandelt hättest. Diese fast gleichlautenden Schlußworte aber führen

offenbar auf die Vermuthung, daß auch in unserer Stelle wieder das mandatum tua gratia, der Rath, zusammengewürfelt sei mit einem Rechtsverbindlichkeiten nach sich ziehenden Ersuchen (einer Beauftragung), welches ich an Dich richte hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäftes, welches Du mit einem Dritten abschließen mögest.

Auf diesen Fall passen nämlich vollkommen auch folgende Worte unserer Stelle: „auch wenn das Mandat, das ich Dir ertheilte, nur Deine, nicht auch zugleich meine Angelegenheiten betraf", d. i. aus diesen Worten geht nicht hervor, die Stelle rede von einer blosen Rathsertheilung. Denn daß Du ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschließest, z. B. ihm Geld leihest, ist eben Deine Angelegenheit und zwar nur die Deinige, nicht zugleich auch die meinige. Eine lediglich Dich betreffende Angelegenheit kann nun aber ebenso gut Gegenstand meines obligatorischen Ersuchens sein, als meines blosen Rathes. (S. oben.) Ein Deine Angelegenheiten allein betreffendes Dir ertheiltes „Mandat" läßt zwar mit Wahrscheinlichkeit auf das Ertheiltsein eines blosen Rathes schließen, keineswegs aber mit Nothwendigkeit.

Die Römer haben nun einmal dies Alles unter den sehr weiten Gattungsbegriff „Mandat" zusammengefaßt. Hiernach übersetzen wir jene Stelle Ulpian's so:

„Wenn ich Dir hinsichtlich Deiner Angelegenheiten ein „Mandat" ertheile, so hafte ich Dir mandati actione in der Regel nicht, weil dann nämlich in der Regel nur eine Rathsertheilung vorliegt. Indeß tritt in folgenden zwei Fällen diese Haftverbindlichkeit dennoch ein:

a) wenn mein Mandat auch zugleich meine Angelegenheiten betrifft (s. oben);

b) selbst wenn mein Mandat auch nur Deine Angelegenheiten betrifft, dann, wenn ich ein bestimmtes mich rechtsverbindlich machendes Ersuchen an Dich richte, (d. i. unter ausdrücklicher oder stillschweigender Uebernahme von Haftpflicht, Gefahr oder Kosten.)

Dahin würde etwa gehören der obige Fall des an Dich gestellten Ersuchens, dem Titius eine bestimmte Summe Geldes

zu leihen, oder z. B. das an Dich gestellte Ersuchen, in Deinen Gärten zu Deinem Gebrauch auf meine Kosten Bäder einzurichten, oder das obligatorisch gestellte Ersuchen, dem Titius zu einer Spazierfahrt Deine Equipage zu leihen. Würde Titius durch eine Parforcefahrt über Stock und Stein dem Wagen die Räder und dem Rappen die Beine zerbrechen, so würde ich Dir unbedingt zu vollem Schadensersatz verpflichtet sein."

Mehr also will unsere Stelle meines Erachtens nicht sagen. Vom Rath also redet sie überall nicht. Würdest Du in den obigen Fällen mir beweisen, daß ich, als ich das betr. Ersuchen an Dich stellte, durch meine Ausdrucksweise u. s. w. zu erkennen gegeben, mich Dir gegenüber verbindlich machen, oder insonderheit Haftpflicht, Gefahr oder Kosten übernehmen zu wollen, so würde die in unserer Stelle angeführte Voraussetzung: „si non esses facturus, nisi ego mandassem" eines besonderen Beweises — mit oder ohne Eidesdelation — überall nicht mehr bedürfen. Wir haben gesehen, daß diese Worte nur im Allgemeinen zur characteristischen Unterscheidung dieser species des Mandats von den übrigen species desselben gebraucht werden. Die römischen Juristen, insonderheit Ulpian und Justinian, bedienen sich ihrer nur, um sich verständlicher, um das, was sie sagen wollen, leichter faßlich zu machen.

Das Resultat dieser Prüfung ist also, daß diese Stelle dem allgemeinen Satze: „nackte Rathsertheilung zieht eine Haftpflicht nicht nach sich" in keiner Weise widerspricht oder ihn modificirt.

Wir kommen jetzt zu den Fällen, in denen nicht reine, sondern gemischte Rathsertheilung vorliegt, in denen zur Rathsertheilung noch ein Nebenumstand hinzutritt. Wir werden also zu prüfen haben, ob und inwiefern solches Hinzutreten auf die Frage nach der Haftverbindlichkeit des Rathgebers von Einfluß sei.

I. Ein ertheilter Rath erzeugt für den Rathgeber Haftverbindlichkeit dann, wenn er bei der Ertheilung versprochen hat, für den Ausgang (die Folgen) der angerathenen Handlung zu haften, wenn er für den guten Ausgang der angerathenen Handlung die Garantie übernommen hat.

L. 1 §. 14 D. depositi vel contra (16, 3) . . „Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. . .

L. 12 §. 13 D. mandati vel contra (17, 1) Ulp.: „Si quis mandaverit filiofamilias credendam pecuniam, non contra Senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso vel quod jussu pater teneretur: erit licitum mandatum. Hoc amplius dico, si, quum dubitarem, utrum contra S. Ctum acciperet, an non, nec essem daturus contra S. Ctum accipienti, intercesserit, qui diceret, non accipere contra S. Ctum, et periculo meo crede, dicat, bene credis, arbitror, locum esse mandato, et mandati eum teneri.“

L. 32 D. eod. Iulianus: „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. . . .“

In solchen Fällen, die, wie man sieht, mit dem sogen. mandatum qualificatum gänzlich verschwimmen können, findet gegen uns die actio mandati contraria statt auf Ersatz der aus der Befolgung des Raths etwa entstandenen Nachtheile.

Die eigentliche causa debendi ist hier nicht der ertheilte Rath, sondern das gegebene Versprechen, die übernommene Garantie. Eine derartige Uebernahme des Risico braucht nicht ausdrücklich stipulirt zu sein, wie in den etwa gebrauchten Ausdrücken: „ich rathe Dir auf meine Gefahr“, „thue das, ich stehe für Alles“, „ich übernehme das Risico, die Garantie, Gewährleistung“ u. dgl. Sie kann vielmehr auch stillschweigend darin liegen, daß beim Ertheilen des Rathes der Rathgeber sich in der Art gerirt oder solche Ausdrücke gebraucht, daß mit logischer Sicherheit daraus zu schließen ist, er habe dadurch kund gegeben, für die Folgen des ertheilten Raths haften zu wollen.

Die Ansicht von Sintenis l. c. Note 16, Nr. 2 ff., daß das Versprechen als „Schenkung des Rathgebers sub conditione“ aufzufassen und die eigenthümlichen Beschränkungen der Schenkung darauf anzuwenden seien, muß ich mit Heim-

bach l. c. S. 542 verwerfen. Es ist dies eben so unzulässig, als Bürgschaften und Intercessionen, bei denen der Intercedent keinen Regreß hat, als Schenkungen zu behandeln, ja als Bürgschaften und Intercessionen überhaupt, da bei jeder Bürgschaft oder Intercession der Intercedirende möglicherweise thatsächlich unentschädigt bleibt. Die Verpflichtung des Intercedenten gegen den Gläubiger ist z. B. nicht davon abhängig, daß bei einem Object der Schuld von über 500 solidi gerichtliche Insinuation erfolgt ist. Ebenso auch hier. Rieth ich Dir z. B. auf meine Gefahr, dem Titius Dein baares Geld zu leihen und Du verlierst dadurch einen Betrag von 900 solidi, so bin ich schuldig, nicht nur 500, sondern die volle Summe von 900 solidi Dir zu erstatten, auch wenn gerichtliche Insinuation nicht erfolgt ist.

Soweit übrigens der Gegenstand meines Dir ertheilten, durch solche Garantie bestärkten Rathes ein Rechtsgeschäft ist, welches einen Dritten Dir verbindlich macht und ihn als Hauptschuldner erscheinen läßt (wenn ich Dir z. B. unter meiner Garantie rieth, dem Titius 1000 fl. zu leihen), so greifen die Grundsätze der Intercession Platz. Klagst Du also gegen mich, so habe ich das beneficium excussionis und bez. auch noch die exceptio S. C. Vellejani. Diese Grundsätze, also auch dies beneficium und diese exceptio, treten dagegen nicht ein, wenn der Gegenstand meines Rathes ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten nicht war.

Thibaut l. c. S. 123 ff. legt einer vertragsmäßigen Uebernahme der Gefahr von Seiten des Rathgebers nur dann Wirksamkeit bei, wenn zugleich nachgewiesen wird: „daß der Berathene ohne den Rath nicht würde gehandelt haben." Von allen älteren und neueren Bearbeitern unserer Frage wird indeß diese Lehre mit Recht verworfen. Seuffert Pand. §. 335. Hepp l. c. S. 45. Sintenis l. c. S. 566. Vangerow l. c. S. 509 Nr. 3.

Thibaut hält aus dem Versprechen, für das Risico einzustehen, allein eine Obligation noch nicht für begründet, sobald der Berathene auch ohne den Rath würde gehandelt haben. Er geht dabei (cf. Braun's Erört. S. 781) von der völlig

ungegründeten Prämisse aus, im mandatum tua gratia sei eine stillschweigende Uebernahme der Gefahr enthalten.

Die cit. Quellenstellen gehen indessen davon aus, daß bei einem solchen Mandat die Absicht, sich zu obligiren, nicht angenommen werden könne, und gerade deßhalb sagen sie, dasselbe sei nicht obligatorium. Es wäre in der That auch wunderbar, wenn ein Vertrag, durch den Jemand das Risico für die Unternehmung eines Dritten übernimmt, ein Vertrag also, welcher alleinstehend unbedenklich wirksam sein würde, seine Wirksamkeit dadurch verlieren sollte, daß der Promittent dem Promissar jene Unternehmung zugleich anräth.

Von unserm Standpunkte aus muß diese Thibaut'sche Lehre ohnehin schon deßhalb fallen, weil sie lediglich auf dem oben nachgewiesenen Mißverständniß beruht, welches hinsichtlich der Worte: „si non esses facturus, nisi ego mandassem“ geherrscht hat.

II. Ein ertheilter Rath erzeugt für den Rathgeber Haftverbindlichkeit dann, wenn er wissentlich einen schlechten Rath gab.

Hier kann er mit der actio doli auf Schadensersatz belangt werden, wenn die angerathene Handlung üble Folgen hatte. Auch hier ist also nicht der ertheilte Rath die causa debendi; hier nämlich ist es der dolus.

Hierher gehört auch der Fall, wenn ich Dir in solchen Angelegenheiten Rath ertheile, in welchen die Rathsertheilung eine besondere künstlerische oder wissenschaftliche Befähigung voraussetzt und in welchem die Befugniß, dem Publikum Rath zu ertheilen, deßhalb von vorgängiger Prüfung und Admission durch die Staatsgewalt abhängig ist, und zwar wenn ich Dir in solchen Angelegenheiten Rath ertheile, nachdem ich zuvor Dich absichtlich und wahrheitswidrig in den Glauben versetzt habe, jene Befugniß sei mir nach vorgängiger Prüfung wirklich staatsseitig ertheilt worden. In dieser Handlungsweise liegt ein dolus, der mich verpflichtet, für den Dir etwa ertheilten thatsächlich schlechten Rath, bez. für den Ausgang und die Folgen der Dir angerathenen Handlung, Dir zu haften,

und zwar auch dann, wenn bei der wirklichen Ertheilung des Rathes weder dolus noch culpa vorlag.

III. Ein ertheilter Rath erzeugt für den Rathgeber Haftverbindlichkeit dann, wenn ein besonderer Rechtsgrund ihn zur Rathsertheilung verpflichtete und er culposer Weise einen schlechten Rath gab. cf. Wernher, lectiss. comment. in pand. L. 17. T. 1, §. 9, 10. Die causa debendi ist hier lediglich die culpa.

Hierher gehört der Vormund, der dem Mündel in dessen Angelegenheiten Rath ertheilt. Fehlt derselbe dabei gegen die ihm obliegende diligentia quam suis, so findet gegen ihn die Vormundschaftsklage auf Ersatz statt.

Ferner gehört hierher der Rath von Sach- und Kunstverständigen. Uebernimmt ein solcher, namentlich gegen ein Honorar, den Auftrag, einen gutachtlichen Rath zu ertheilen, so ist hier offenbar ein besonderes obligatorisches Verhältniß zwischen dem Auftragertheilenden und dem Rathgeber begründet, welches den letzteren zur obligationsmäßigen Prästation von omnis culpa verpflichtet, und es findet gegen den beauftragten Rathgeber eine actio mandati directa statt, gerichtet auf Ersatz wegen des schlecht ausgeführten Auftrags.

L. 9 §. 5 D. locati, conducti (19, 2) Paulus: „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam . . scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse, quippe ut artifex, inquit, conduxit.

Unbegreiflicher Weise wird über den in dieser Stelle enthaltenen Fall gestritten. Vgl. Vangerow l. c. Nr. 9. Es handelt sich in derselben lediglich von einem Auftrag und zwar bald von einem bezahlten, einer locatio et conductio von operae illiberales, bald von einem unentgeltlichen Auftrag, den der Sach- oder Kunstverständige übernimmt, weßhalb ihn also hier alle Verbindlichkeiten eines Mandatars treffen.

Für überflüssig halte ich, wenn Heimbach l. c. S. 453 den Unterschied macht, ob Jemand sich für einen Sach- oder Kunstverständigen ausgibt oder nicht, und ob er einem der

Sache Unkundigen oder Kundigen einen schlechten Rath gibt, und ferner, ob der schlechte Rath ertheilt werde von Jemanden, den die Staatsgewalt nach vorgängiger Prüfung zur Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft als Sach- oder Kunstverständigen ausdrücklich zugelassen habe oder nicht. Denn in allen diesen Fällen wird gleichmäßig für omnis culpa gehaftet.

Verwerfen muß ich ferner Heimbach's Ansicht l. c. S. 453, daß eine Verantwortlichkeit für ertheilten Rath dann nicht angenommen werden könne, wenn der Rath über einen Gegenstand ertheilt ist, über den die Ansichten der Sach- und Kunstverständigen selbst von einander abweichen. In solchem Falle wird die culpa höchstens schwerer zu erweisen sein.

B.

Ueber die Haftungsverbindlichkeit aus der Empfehlung einer Person.

Vgl. zu den bei Holzschuher l. c. S. 590 cit. Schriftstellern namentlich auch Stryk us. mod. T. I. §. 10. Struben rechtliche Bedenken Th. 1, Bed. 175, Klein merkwürdige Rechtssprüche der Juristenfacultät zu Halle, Bd. 3, Nr. 15. Hierher gehören die beiden Fälle:

1) Wenn ich Dir Jemanden als geeignet empfehle, mit ihm in ein factisches oder Rechtsverhältniß einzutreten, z. B. ihm Deine Pretiosen als Depositum, Dein Geld als Darlehen, Deine Kinder zur Erziehung, Deine Gesundheit zu ärztlicher Behandlung anzuvertrauen, wenn ich Dir Jemanden als Advocat, Commis, Dienstboten, ja als Ehegatten empfehle.

2) Wenn ich insonderheit der Obervormundschaft Jemanden empfehle als geeignet zur Uebernahme der Vormundschaft.

Nothwendig ist dabei nicht meine Absicht, Dich dadurch zum Eintreten in das Verhältniß zu ihm zu bewegen, bez. seine Ernennung zum Vormund dadurch zu bewirken. Nicht dagegen gehört hierher der Fall, wenn ich bei Dir für Jemanden Fürsprache einlege, ihn Deinem Wohlwollen, einer freundlichen Aufnahme bei Dir empfehle. Dies ist eben nur eine einseitig ausgesprochene Bitte.

L. 12 §. 12 D. mandati vel contra (17, 1) Ulp.: „Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo: „Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum", non obligabitur mandati; quia commendandi magis hominis, quam mandandi causa scripta est."

Noch weniger gehört hierher, wenn ich bei der Verhandlung über die Veräußerung einer Sache dem Kauflustigen gegenüber derselben gute Eigenschaften anrühme.

L. 43 pr. D. de contr. emt. (18, 1) Florentinus: „Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant: veluti si dicat servum „speciosum", domum „bene aedificatum."

Ad Nr. 1. Hier ist es gemeinrechtlich unbestritten, daß aus meiner Empfehlung Verbindlichkeiten für mich nicht entspringen. Bei der Rathsertheilung, wie auch hier, fehlt der animus sese obligandi.

L. 7 §. 10 D. de dolo malo (4, 3): „Pomponius refert, Praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui affirmaverit, idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur. Quod verum est."

Folgende Stelle erklärt, daß der Unterhändler (proxeneta), welcher die Constituirung eines Forderungs- bez. Schuldverhältnisses vermittelt, und welcher ja ebenfalls dem einen Contrahenten, z. B. dem Herleiher, den andern, den Geldbedürftigen, empfiehlt (monstrat et laudat), nicht etwa als Mandatar dem ersteren zu haften habe.

L. 2 D. de proxeneticis (50, 14) Ulp.: „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis (sc. causa), ut multi solent: videamus, an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri: quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tam etsi laudet nomen."

Es können jedoch auch hier die drei obigen Rechtsgründe hinzutreten, welche den Empfehlenden verbindlich machen: dolus, culpa und Garantie.

L. 7 §. 10 D. de dolo malo (4, 3): „Pomponius refert, Praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui affirmaverit, idoneum esse eum, cui mutua pecunia

dabatur. Quod verum est. Nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari."

L. 8 D. eod.: „Quodsi, cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia affirmasti mihi, idoneum esse: merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est."

So fährt auch hinsichtlich des proxeneta in obiger Stelle Ulpian fort:

„Si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur."

In Bezug auf culpa und Garantie ist zu verweisen auf Lauterbach de consiliis eorumque jure. Tubingae 1654. Müller ad Leyser. obs. 377. Strippelmann Entscheid. des Oberappellationsgerichts zu Cassel. Bd. 3, Nr. 7.

Auf dem Gebiete des Handelsrechts haben zwar die älteren Juristen (vgl. Holzschuher l. c. S. 591.) — besonders aus scheinbarer Autorität des Lübischen Rechts, Art. I. Tit. 10. Lib. XIII. — behauptet, daß eine kaufmännische Empfehlung für die Folgen verpflichte. Allein neuerdings sind alle Handelsrechtsschriftsteller darüber einig, die Verbindlichkeit aus einer Empfehlung oder einem Rath unter Kaufleuten habe nichts Besonderes an sich. Trümmer im Archiv für das Handelsrecht, Hamburg 1818, Bd. I. Nr. 15, S. 227 bis 229 und die bei Holzschuher l. c. cit. Schriftsteller. Auch die kaufmännische Empfehlung ist gemeinrechtlich nach dem römischen Recht zu beurtheilen, und nach diesem sind auch die Particularrechte zu interpretiren. Ein vom römischen Recht abweichender allgemeiner Handelsgebrauch ist nicht nachzuweisen und würde auch keine inneren Gründe für sich haben. Trümmer l. c. S. 242—249. Indessen ist es nicht ungewöhnlich, daß Kaufleute durch besondere Clauseln, wie: „ohne mein Obligo", „ohne meine Vertretung", „ohne meine Gewährleistung", „ohne mein Präjudiz", „so viel ich weiß, verhält es sich so", gegen alle Haftverbindlichkeit aus Rath und Empfehlung im Voraus protestiren. Thöl, Handelsrecht, Bd. I. §. 101.

In den Fällen, in denen die Empfehlung durch Uebernahme einer Garantie die Kraft einer Intercession an-

nimmt, ist, wie dem Rathgeber (s. oben), so auch dem Empfehlenden das **beneficium excussionis**, bez. die **exceptio SCti Vellejani** zu gewähren. Holzschuher l. c. S. 591 zu Nr. 3.

Ad Nr. 2. Empfehlung einer Person als geeignet zur Uebernahme der Vormundschaft der Obervormundschaft gegenüber, **affirmatio idoneitatis ad tutelam.**

Dieser Fall hat weitere Eigenthümlichkeiten nicht, als daß die etwaigen Klagrechte gegen den Empfehlenden hier dem Pupillen zustehen. Im Uebrigen gelten auch hier die bisherigen Grundsätze.

Ohne Grund wollen Einige hier dem Empfehlenden unbedingt eine Haftverbindlichkeit aufbürden, so Heimbach l. c. S. 454. Holzschuher l. c. S. 590 zu Nr. 2. Valett, Pand. Bd. III. §. 919. Und allerdings sind in den Quellen derartige Bestimmungen enthalten. Dieselben unterscheiden dabei eigentliche **affirmatores**, **nominatores** und **postulatores**. Alle drei sind in unserm Sinne **affirmatores.**

Diese Bestimmungen aber sind im heutigen römischen Recht unpraktisch. Heute haftet der **affirmator idoneitatis tutoris** vielmehr nur dann, wenn er sich für die genaue Pflichterfüllung Seitens des Vormunds verbürgt hat, oder wenn er bei seiner **affirmatio in dolo** war.

Die beiden andern Fälle der Haftpflicht des Affirmators, **culpa** und Uebernahme der Garantie, finden principmäßig zwar auch hier Anwendung, werden aber thatsächlich kaum je vorkommen. Denn die **culpa** setzt eine besondere contractliche **obligatio**, über die persönliche Tüchtigkeit Jemandes sich als Sachverständiger gutachtlich zu äußern, voraus: einen solchen Contract aber wird die Obervormundschaft kaum je mit einer Privatperson abschließen. Die Uebernahme der Garantie aber wird von der Obervormundschaft schwerlich je anders, als unter der Form einer gewöhnlichen Bürgschaft angenommen werden.
